

## Bouwzaak. Oplevergeskil. Klachtplicht. Opleveren volgens huidig en toekomstig recht.

Hof Arnhem-Leeuwarden 06-04-2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3289, m.nt. R. Smith

### Essentie

Bouwzaak. Oplevergeskil. Klachtplicht. Opleveren volgens huidig en toekomstig recht.

### Samenvatting

*Oprichtgevers zijn bij de oplevering niet aanwezig. Zij laten zich vertegenwoordigen door de architect. Bij oplevering zijn diverse restpunten opgenomen. In drie fasen nadien noemt de opdrachtgever nog een aantal gebreken, waaronder ervaren tocht en schade aan stucwerk. Is de aannemer ná oplevering nog aansprakelijk voor dergelijke gebreken? Ligt het in de lijn der verwachtingen dat dat onder het toekomstige recht, als de Wkb in werking treedt, anders zal worden? Gaat deze wetswijzigingen voor de aannemer tot grote veranderingen leiden? Of heeft de opdrachtgever al een veel makkelijker hanteerbaar instrument in handen om de aannemer zover te krijgen dat deze opleverpunten, genoemd na oplevering, alsnog te laten herstellen? Doet het er in dit geval nog toe dat de opdrachtgever niet zelf bij de oplevering aanwezig was, maar zich heeft laten vertegenwoordigen door een architect?*

### Partij(en)

Arrest van 6 april 2021

in de zaak van

1. [appellant],
2. [appellante],

beiden wonende te [A],

appellanten,

in eerste aanleg eisers in conventie en verweerders in reconventie advocaat mr. E.D. de Jong,

hierna gezamenlijk ook aan te duiden als: [appellanten] c.s.

tegen

1. C&T Bouw V.O.F.

kantoorhoudend te Gerkesklooster,

2. [geïntimeerde2],

wonende te [B],

3. [geïntimeerde3],

wonende te [C]

geïntimeerden,

in eerste aanleg gedaagden in conventie en eisers in reconventie,

advocaat: mr. T.E. Heslinga, kantoorhoudend te Leeuwarden

hierna gezamenlijk ook aan te duiden als: C&T Bouw en individueel als C&T Bouw V.O.F, [geïntimeerde2] en

[geïntimeerde3]

### Uitspraak

#### 1. Het verloop van de procedure in hoger beroep

##### 1.1.

[appellanten] c.s. zijn in hoger beroep gekomen bij dagvaarding van 21 december 2018;

##### 1.2.

[appellanten] c.s. hebben een memorie van grieven met vijf producties genomen;

##### 1.3.

C&T Bouw heeft een memorie van antwoord genomen;

#### 1.4.

Het hof heeft in zijn tussenarrest van 17 december 2019 een mondelinge behandeling bevolen;

#### 1.5.

De mondelinge behandeling heeft ten overstaan van de meervoudige kamer plaatsgevonden op 18 september 2020;

#### 1.6.

Ten slotte is de zaak verwezen voor arrest.

#### 1.7.

[appellanten] c.s. vorderen in hoger beroep vernietiging van het op 26 september 2018 gewezen eindvonnis alsmede van de tussenvonnissen en toewijzing alsnog van de volgende vorderingen.

#### **In de (oorspronkelijke) procedure in conventie:**

1. Te verklaren voor recht dat C&T Bouw V.O.F. tekortgeschoten is in de verbintenis tot het leveren van de overeengekomen prestatie en gehouden is de schade als gevolg van het tekortschieten, waaronder de schade als gevolg van de herstelwerkzaamheden door derden, te vergoeden aan appellanten;
2. C&T Bouw hoofdelijk te veroordelen aan [appellanten] c.s. te betalen € 91.087,71 inclusief btw;
3. C&T Bouw hoofdelijk te veroordelen aan [appellanten] c.s. terug te betalen € 19.475,59, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 9 oktober 2018;
4. C&T Bouw hoofdelijk te veroordelen aan [appellanten] c.s. te betalen € 6.665,07 inclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover te bereken vanaf 9 oktober 2018;
5. C&T Bouw hoofdelijk te veroordelen aan [appellanten] c.s. te betalen € 484,- inclusief btw.

*In de (oorspronkelijke) procedure in reconventie de vorderingen van C&T Bouw alsnog af te wijzen.*

*In zowel de (oorspronkelijke) procedure in conventie als reconventie C&T Bouw hoofdelijk te veroordelen in de proceskosten in beide instanties, alsmede in de nakosten.*

## **2. Korte omschrijving van het geschil**

In dit geschil gaat het om het volgende. Tussen C&T Bouw en [appellanten] c.s. is een overeenkomst van aanneming van werk tot stand gekomen, waarbij C&T Bouw in opdracht van [appellanten] c.s. een woning met garage zou bouwen voor een aanneemsom van € 223.849,07 inclusief btw. [appellanten] c.s. betogen dat bij oplevering, maar ook daarna, diverse gebreken aan de woning zijn geconstateerd. Om die reden weigeren zij betaling van de laatste factuur van € 8.932,96. [appellanten] c.s. vorderen vergoeding van de schade als gevolg van de door hen gestelde gebreken. C&T Bouw hebben weersproken dat er voor herstel in aanmerking komende gebreken zijn. Zij vorderen betaling van de laatste factuur.

## **3. De vaststaande feiten en de grieven I en II**

### **3.1.**

De rechtbank heeft in zijn tussenvonnis van 28 september 2016 onder 2. (2.1 tot en met 2.19) een aantal feiten vastgesteld. [appellanten] c.s. hebben twee grieven (genummerd I en II) gericht tegen de vastgestelde feiten onder 2.3 en 2.4 (in de door het hof gebruikte nummering gaat het om de feiten weergegeven onder 3.4 en 3.5). Beide grieven zijn gericht tegen de weergave door de rechtbank van de inhoud van de offerte die als productie 1 bij de inleidende dagvaarding is overgelegd. Het hof overweegt daarover het volgende. De grieven strekken ertoe dat [appellanten] c.s. in de bestreden vaststelling door de rechtbank een uitleg van de offerte lezen (met name blad 2 en 3 daarvan), die [appellanten] c.s. daarin niet lezen. Om die reden zal het hof de vaststelling onder 2.3 en 2.4 zoals verwoord door de rechtbank weglaten bij zijn weergave van de feiten en volstaan met een citaat uit de offerte. Of de in de grieven 1 en 2 opgeworpen bezwaren ook leiden tot de vernietiging van de bestreden vonnissen, zal uit de behandeling van de overige grieven moeten blijken. Bij een verdere afzonderlijke behandeling van de grieven I en II missen [appellanten] c.s. belang. In zoverre falen deze grieven. De feiten die dienen als grondslag voor de beoordeling van het hoger beroep laten zich als volgt weergeven.

### **3.2.**

Op 1 november 2013 hebben [appellanten] c.s. C&T Bouw conform de door C&T Bouw ter zake opgestelde offerte opdracht gegeven tot de bouw van een woning met garage aan de [a-straat] 51 te [A] (hierna: de woning) voor een aanneemsom van

€ 223.849,07 inclusief btw.

### 3.3.

De woning is ontworpen door Buro voor Architectuur [D], dat werktekeningen heeft aangeleverd.

### 3.4.

In de offerte van 1 november 2013 staat onderaan blad 2 onder meer het volgende vermeld:

*“Niet in de offerte van C&T bouw opgenomen werkzaamheden zijn:  
wand/vloertegels excl.  
totale installatiewerk excl.  
nuts aansluitingen excl.  
afschilderwerk excl.  
spit- en straatwerk excl.  
siergebinten excl.  
spacwerk en overige plafond excl.  
en wand afwerkingen excl.  
hak /boor /breekwerk excl.  
De technische installatie door de fam. [appellanten] (in eigen beheer)”*

### 3.5.

De woning is 15 april 2014 opgeleverd. [appellanten] c.s. hebben zich daarbij laten vertegenwoordigen door architect [D]. Zelf waren [appellanten] c.s. niet bij oplevering aanwezig. Van de oplevering is door De Haan een verslag d.d. 24 april 2014 gemaakt dat melding maakt van diverse (in totaal vijftien) nog uit te voeren (herstel)punten, waaronder:

*“4. De verlijmdde panelen boven de veranda wordt strak afgekit met witte kit.”*

### 3.6.

Daarnaast heeft [D] in het opleveringsverslag vermeld:

*“Onderstaand de aanvullende opmerkingen door opdrachtgever:*

*16. Koof om staalprofiel in rechter kast met gips omkleven tbv stucwerk.*

*19. Alle pur moet netjes worden verwijderd bij alle ramen en kozijnen.*

*20. Het kitwerk bij Rockpanel moet netter. Is nu oneffen en niet netjes.*

*(...)*

*23. De zolder moet netjes afgewerkt worden. 90% is afgewerkt met hout echter moeten twee wanden nog worden afgewerkt.”*

### 3.7.

Facturering vond in termijnen plaats, waarbij de laatste termijn na oplevering is gefactureerd. [appellanten] c.s. hebben alle termijnen voldaan, behalve de laatste termijn van € 8.932,96 (factuur van 9 okt 2014).

### 3.8.

Nadat de woning door [appellanten] c.s. in gebruik is genomen, hebben [appellanten] c.s. tocht geconstateerd op diverse plaatsen in de woning. Zij hebben Bouwkundig bureau Woningcheck B.V. ingeschakeld voor onderzoek. Dit bureau heeft op 26 augustus 2014 een inspectie verricht en vervolgens een rapport van haar bevindingen uitgebracht dat op 9 oktober 2014 aan [appellanten] c.s. is verzonden. In dit rapport is resumerend vermeld:

*Meerdere geveldelen laten warmteverlies zien wat duidt op het verkeerd aanbrengen van het isolatiemateriaal.*

- *Meerdere geveldelen laten warmteverlies zien wat duidt op het verkeerd aanbrengen van het isolatiemateriaal.*
- *De kantplanken terplekke van de naamdelen, alsmede de geveldelen laten teveel warmte door.*
- *Meerdere koudebruggen aangetroffen.*
- *Kierdichting ter plekke van raamdelen zijn afdoende uitgevoerd, met name de pui aan de achterzijde, de raamdelen op de verdieping, voor- en achterzijde en de beide valramen ter plekke van de voordeur, links en rechts zijn niet juist afgewerkt, tevens lekken ook deze kou.*
- *De schoorsteen laat aan buitenzijde sporen van warmteverlies zien, aan binnenzijde (slaapkamer) is een koudebrug te zien.*

*Wij adviseren alle gebreken te herstellen, c.q. te verbeteren. (...)*

### 3.9.

Het rapport Woningcheck is 20 oktober 2014 door [appellanten] c.s. aan C&T Bouw overhandigd.

### 3.10.

Op 20 november 2014 hebben [appellanten] c.s. C&T Bouw, onder digitale toezending van het volledige rapport Woningcheck, aangeschreven ter zake van de in dat rapport vermelde gebreken. Daarbij is C&T Bouw verzocht met een plan van aanpak voor herstel te komen. C&T Bouw heeft hierop niet gereageerd.

### 3.11.

[appellanten] c.s. hebben C&T Bouw op 2 februari 2015 opnieuw aangeschreven. In die brief is een opsomming gegeven van diverse gebreken en nog uit te voeren herstelwerkzaamheden:

- grind en gronddeek verwijderen + graafwerkzaamheden;
- buitendeuren keuken en eetkamer;
- klapramen studeerkamer en eetkamer;
- gevelbekleding complete woning "red cedar" verwijderen en opnieuw aanbrengen;
- zwarte folie + isolatie achter de gevelbekleding verwijderen en opnieuw aanbrengen;
- herstellen van de complete isolatierand van de woning;
- diverse koudebruggen in de woning;
- herstel stucwerk badkamer;
- herstel stucwerk alle kamers op de eerste etage, in de hoeken bij de ramen;
- plinten aanbrengen in de gehele woning als onderdeel van de eindoplevering;
- afwerking zolder;
- algemene afwerking.

### 3.12.

[appellanten] c.s. hebben C&T Bouw in deze brief gesommeerd die tekortkomingen binnen twee weken na dagtekening te herstellen. C&T Bouw heeft hieraan geen gevolg gegeven.

### 3.13.

Na twee weken hebben [appellanten] c.s. C&T Bouw op 16 februari 2015 aansprakelijk gesteld voor alle kosten van de (herstel)werkzaamheden. [appellanten] c.s. hebben een eigen begroting van die kosten bij hun brief gevoegd: totaal € 44.752,09 inclusief btw.

### 3.14.

C&T Bouw heeft op 2 maart 2015 afwijzend gereageerd op de door [appellanten] c.s. gestelde gebreken en aangeven dat de woning zwaarder is geïsoleerd dan vereist en dat de woning zeker voldoet aan de gestelde eisen van het EPN-rapport dat bij de bouwvergunning hoort.

### 3.15.

Daarop heeft de advocaat van [appellanten] c.s. op 31 maart 2015 opnieuw aangegeven dat wat door C&T Bouw is opgeleverd niet voldoet aan de overeenkomst en dat C&T Bouw aldus is tekortgeschoten. In diezelfde brief is de overeenkomst namens [appellanten] c.s. partieel ontbonden en is C&T Bouw aansprakelijk gesteld voor alle kosten en door [appellanten] c.s. geleden en te lijden schade.

### 3.16.

Nadien hebben [appellanten] c.s. nog onderzoek laten verrichten door:

Thermodicht Meet en validatiebureau (TMV). Dit bureau heeft op 7 september 2015 een rapport uitgebracht, waarin de volgende samenvatting is opgenomen:

*"De geconstateerde luchtlekkages vallen in totaliteit buiten de grenzen. (...)*

*Een hoge ongewenste volumestroom, veroorzaakt door kieren en naden in de bouwkundige schil, hebben het gevolg dat er onnodig meer energie wordt verbruikt, en tevens comfort verlagend is (tocht).*

*Luchtlekkages aangegeven in hoofdstuk 5 dienen verholpen te worden. Wanneer deze aanpassingen worden uitgevoerd zal bij deze woning de volumestroom verminderen. Enkele belangrijke aandachtspunten zijn eruit gelicht:*

- *De dak/wandaansluitingen dienen luchtdicht te worden afwerkt;*
- *Spotjes verwerkt in het plafond vertonen luchtlekkage, vermoedelijk afkomstig van niet dichtgezette kanalen in de kopse kanten van de vloerplaten (dit dient nader te worden onderzocht);*
- *Enkele deuren verdienen extra aandacht, waarbij een tochtwering beter afsluit;*
- *Wandcontactdozen in de buitenmuren luchtdicht afwerken;*
- *Doorvoeren in het dak en vloer luchtdicht afwerken met door voor geschikte manchetten of katten;*

- (...)

*Enkele genoemde luchtlekkages zijn op te lossen middel van daarvoor geschikte katten, FlexPUR of luchtdichte tape. Luchtlekkages bij de kanaalplaatvloeren verdienen nader onderzoek."*

### 3.17.

Op 28 januari 2016 is in opdracht van C&T Bouw door Process at Work B.V. (PAW) een warmtescan uitgevoerd in de woning van [appellanten] c.s. Op 18 februari 2016 is hiervan een rapport uitgebracht. In dit rapport is op laatste pagina als volgt geconcludeerd:

*"(...)*

*T.t.v. de bouwaanvraag lag de normwaarde voor de EPN op 0,6. De EPN dient conform Bouwbesluit te worden berekend volgens NEN7120. De berekening is (onafhankelijk) uitgevoerd door W2NEngineers te Drachten waaruit blijkt dat aan de normwaarde wordt voldaan. Deze berekening is vervolgens getoetst door de Gemeente Slochteren (waartoe [A] behoort) in het kader van de bouwaanvraag, waardoor het maximaal toelaatbare energie verbruik effectief is geborgd.*

*In het onderhavige geval is een geïsoleerde kanaalplaatvloer toegepast als begane grond vloer. Deze is echter "koud" opgelegd op de fundering (via geïsoleerde oplegnokken) waardoor een koudebrug ontstaat naar de ondergrond/omgeving. Dit leidt tot warmteverliezen achter de kantplanken die op de warmtebeelden niet zichtbaar zijn. In de berekening door W2N Engineers is hiermee rekening gehouden, namelijk door 48,68 strekkende meter koudebrug aan te nemen langs de begane grondvloer waarvoor "geen gegevens zijn ingevoerd". Warmteverliezen via de kantplanken zijn hierin verdisconteerd. In de NEN7120 wordt een toeslag in rekening gebracht voor de warmteverliezen langs deze koudebrug. De NEN7120-methodiek dwingt ertoe dat zo'n toeslag elders in het ontwerp wordt gecompenseerd, bijv. door elders extra isolatiemateriaal aan te brengen. Met andere woorden, het maximaal toelaatbare energieverbruik blijft geborgd.*

*In conclusie: er zijn geen aanwijzingen voor excessieve warmteverliezen gevonden."*

### 3.18.

Op 4 februari 2016 heeft Hoeksema Bouw B.V. (Hoeksema) op verzoek van [appellanten] c.s. een begroting gemaakt van de kosten van de herstelwerkzaamheden. De daarin begrote kosten voor herstel bedragen € 58.996,46 inclusief btw.

### 3.19.

Voor het opstellen van de begroting heeft Hoeksema een bedrag van € 484,- inclusief btw aan [appellanten] c.s. in rekening gebracht.

## 4. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

### 4.1.

In eerste aanleg hebben [appellanten] c.s. in conventie, na twee wijzigingen van eis, verkort weergegeven, het volgende gevorderd:

- I. een verklaring voor recht dat C&T Bouw V.O.F. is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichting uit de overeenkomst van aanneming en dat zij is gehouden de schade als gevolg daarvan, waaronder de herstelwerkzaamheden door derden, te vergoeden;
- II. C&T Bouw V.O.F. [geïntimeerde2] en [geïntimeerde3] hoofdelijk te veroordelen als voorschot op de herstelkosten een bedrag van € 58.996,46,- te voldoen, alsmede een bedrag van € 484,- inclusief btw. Dan wel daarvoor zekerheid te stellen in de vorm van een bankgarantie.
- III. C&T Bouw V.O.F. [geïntimeerde2] en [geïntimeerde3] hoofdelijk te veroordelen in de proceskosten waaronder de nakosten.

### 4.2.

In eerste aanleg heeft C&T Bouw, verkort weergegeven, gevorderd:

[appellanten] c.s. hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 8.932,96, vermeerderd met de wettelijke rente daarover en met veroordeling van [appellanten] c.s. in de proceskosten.

### 4.3.

Nadat de rechtbank een deskundigenbericht met betrekking tot de door [appellanten] c.s. gestelde gebreken had bevolen, heeft de deskundige zijn rapport alsmede een aanvullend rapport uitgebracht. In haar eindvonnis heeft de rechtbank de vorderingen van [appellanten] c.s. afgewezen en de vorderingen van C&T Bouw toegewezen. [appellanten] c.s. zijn veroordeeld in de proceskosten.

## 5. De eiswijziging in hoger beroep

### 5.1.

In hoger beroep hebben [appellanten] c.s. (opnieuw) hun eis vermeerderd. Na de wijziging van eis luidt die vordering, verkort weergegeven dat de bestreden vonnissen worden vernietigd en dat het hof het volgende beslist.

- Een verklaring voor recht dat C&T Bouw V.O.F. is tekortgeschoten in haar contractuele verplichtingen en gehouden is de schade als gevolg daarvan te vergoeden aan [appellanten] c.s., waaronder de kosten van herstelwerkzaamheden door derden;
- een hoofdelijke veroordeling van C&T Bouw V.O.F, [geïntimeerde2] en [geïntimeerde3] tot betaling van: € 91.087,71; € 6.665,07 en € 19.475,59 (alle drie bedragen inclusief btw en te vermeerderen met de wettelijke rente) en € 484,-;
- afwijzing van de vorderingen van C&T Bouw V.O.F, [geïntimeerde2] en [geïntimeerde3] in reconventie;
- hoofdelijke veroordeling van C&T Bouw V.O.F, [geïntimeerde2] en [geïntimeerde3] in de proceskosten van beide instanties.

### 5.2.

C&T Bouw heeft geen bezwaren tegen de eiswijziging als zodanig naar voren gebracht. Zij heeft die vordering slechts inhoudelijk bestreden. Het hof ziet evenmin aanleiding om ambtshalve de eiswijziging te weigeren. Om die reden zal het hof rechtdoen op de gewijzigde eis. Het hof stelt daarbij vast dat de subsidiaire vordering in eerste aanleg (het stellen van een bankgarantie) niet terugkeert in de geheel nieuw geformuleerde eis in de memorie van grieven. Het hof gaat ervan uit dat dat deel van de vordering niet wordt gehandhaafd en niet langer onderdeel uitmaakt van de rechtsstrijd tussen partijen.

## 6. De beoordeling van de vorderingen en de grieven voor het overige

### 6.1.

[appellanten] c.s. hebben de overwegingen van de rechtbank en de daarop gebaseerde beslissingen bestreden in eenentwintig grieven. Daarvan zijn de grieven 1 en 2 al besproken. Twee van de nog te bespreken grieven zijn genummerd als 9. Het hof zal de eerste van die grieven aanduiden met 9a en de tweede met 9b.

### 6.2.

De *griev*en 3 tot en met 7 zien op de (wijze van) oplevering en de consequenties daarvan. De *griev*en 8, 9b, 10 en 11 betreffen de gebreken met betrekking tot de buitendeuren in de keuken en de eetkamer en de klapramen in de studeerkamer de eetkamer. In *grief 9a en 14* wordt er bezwaar tegen gemaakt dat de rechtbank niet is terugkomen op een eerder genomen bindende eindbeslissing. De *griev*en 12 en 13 betreffen de benoeming van en vragen aan de deskundige. *Grief 15* richt zich tegen de conclusie van de rechtbank dat de woning voor wat betreft de isolatiewaarde en de koude bruggen voldoet aan het Bouwbesluit en (zo dit niet het geval zou zijn) dat het niet voldoen daaraan niet is te wijten aan C&T Bouw. *Grief 16 en 17* zijn gericht tegen de conclusie van de rechtbank dat niet is komen vast te staan dat C&T Bouw is tekortgeschoten in haar contractuele verplichtingen.

De *griev*en 18, 20 en 21 betreffen de veroordelingen van [appellanten] c.s. in de proceskosten en het dictum als zodanig. *Grief 19* is gericht tegen het oordeel dat afwijzing van de vordering in conventie meebrengt dat vordering in reconventie moet worden toegewezen. Het hof zal de grieven aan de hand van de hier gegeven indeling bespreken.

### 6.3.

De grieven 3 tot en met 7 raken aan de volledige rechtsoverwegingen 4.5, 4.6, 4.13 en 4.14 uit het vonnis van 28 september 2016, alsmede de volledige rechtsoverweging 2.3 van het tussenvonnis van 15 februari 2017.

### 6.4.

De rechtbank heeft onder 4.14 van het tussenvonnis van 28 september 2016 vastgesteld dat uitsluitend nog beslist moet worden op de volgende gestelde gebreken c.q. herstelwerkzaamheden:

- a. isolatiefolie en isolatiemateriaal;
- b. koudebruggen in de woning;
- c. buitendeuren keuken en eetkamer;
- d. klapramen studeerkamer en eetkamer (idem; tocht);
- e. stucwerk badkamer;
- f. stucwerk in de hoeken bij de ramen op alle kamers op de eerste etage.

## 6.5.

Het enige bezwaar dat [appellanten] c.s. tegen die rechtsoverweging naar voren hebben gebracht is dat er ook nog beslist moet worden over het aanbrengen van plinten door C&T Bouw. Bij een antwoord op de vraag of de rechtbank dat had moeten doen, hebben [appellanten] c.s. in dit hoger beroep geen belang, nu het hof gezien de grieven 5 en 7, gehouden is een oordeel te geven over de plinten. In zoverre missen [appellanten] c.s. belang bij een afzonderlijke behandeling van grief 6. Daarmee staat vast dat het hof nog slechts heeft te oordelen over de onder 6.3 genoemde punten en de plinten. Ook staat vast dat aangaande de oplevering alleen nog de grieven 3, 4 en 7 moeten worden beoordeeld. In die grieven worden drie onderwerpen aangesneden:

- a. Heeft de bezichtiging op 14 april 2014 - waarbij [appellanten] c.s. niet aanwezig waren, maar zich lieten vertegenwoordigen door hun architect - te gelden als oplevering in de zin van artikel 7:758 BW? Of heeft C&T Bouw te gedogen dat [appellanten] c.s. ook nadien nog opleveringsbezwaren in de zin van dat artikel kon opwerpen?
- b. Zijn de panelen niet goed (strak) afgekit? En als dat zo is, moet gezien de oplevering C&T Bouw nog zorg (doen) dragen voor dat kitwerk?
- c. Was C&T Bouw na 14 april 2014 nog gehouden de plinten (verder) aan te brengen?

## 6.6.

Ten aanzien van het onder a. genoemde punt overweegt het hof het volgende. De oplevering en haar rechtsgevolgen zijn geregeld in artikel 7:758 BW. De oplevering markeert het moment van overgang van het risico en voor mogelijke onduidelijkheden aangaande het werk van de aanbesteder op de aannemer. Een zorgvuldige uitvoering van de overeenkomst van aanneming van werk vereist daarom van beide partijen dat zij de het grote belang van die oplevering onderkennen en daarbij rekening houden met elkaars belangen.

## 6.7.

Op zich hebben [appellanten] c.s. niet weersproken dat de inspectie van de woning was bedoeld als een opleveringshandeling. Dat blijkt ook uit de brief die de architect van [appellanten] c.s. op 24 april 2014 aan de aannemer stuurt. Hij schrijft daarin "*Onderstaand het verslag van oplevering d.d. 15 april 2014*". Dat lag ook in de rede, omdat [appellanten] c.s. zich bij die oplevering niet lieten vertegenwoordigen door een willekeurige derde maar door de bij het bouwproject betrokken architect.

Deze had niet alleen bouwkundige kennis in het algemeen maar in het bijzonder ook van dit door hemzelf ontworpen bouwwerk. Als geen ander was daarmee deze architect in staat om bij de oplevering de belangen van [appellanten] c.s. te behartigen. Dit geldt te meer daar [appellanten] c.s. oplevering op 15 april 2014 hadden kunnen verplaatsen naar een eerder of iets later gelegen datum. Dat [appellanten] c.s. door drukke werkzaamheden verhinderd waren zelf bij de oplevering aanwezig te zijn, kan dan ook niet in de weg staan aan de conclusie dat de oplevering toen heeft plaatsgehad.

## 6.8.

Niet alleen het wettelijk systeem waarin de aannemer als gevolg van de oplevering erop mag vertrouwen dat alle daarbij zichtbare gebreken door de opdrachtgever zijn aanvaard, maar ook de specifieke omstandigheden van dit geval brengen mee dat de aannemer ervan mocht uitgaan dat in beginsel met de oplevering op 15 april 2014 alleen de geconstateerde zichtbare gebreken voor herstel in aanmerking zouden komen.

## 6.9.

Wat overblijft, is de stelling van [appellanten] c.s. dat zij hun architect hebben meegedeeld dat de oplevering in zoverre voorwaardelijk zou zijn dat [appellanten] c.s. zelf niet achteraf nog gebreken zouden constateren. Deze stelling komt erop neer dat aan de oplevering het rechtsgevolg geregeld in lid 3 van artikel 7:758 BW zou worden onthouden, te weten dat door de oplevering de aannemer is ontslagen van de aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van de oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Hoewel een dergelijk voorbehoud niet ondenkbaar is, druist het in tegen het karakter van de oplevering, te weten het markeren van een lijn in de tijd voor wat betreft de overgang van risico's en de aanvaardbaarheid van het werk voor de opdrachtgever. Om die reden kon [appellanten] c.s., zo zij dat hebben gedaan, niet volstaan met het uitsluitend aan hun architect mededelen dat de oplevering niet de daaraan door de wet verbonden rechtsgevolgen en de daaruit voortvloeiende zekerheid voor partijen teweeg zou brengen. [appellanten] c.s. hadden dit rechtstreeks aan C&T Bouw moeten mededelen en buiten discussie moeten stellen dat de aannemer met een dergelijke (voor hem) niet of slechts beperkt zinvolle oplevering zou instemmen. Uit niets blijkt dat dit gebeurd is.

## 6.10.

Ook de brief van de architect van 24 augustus 2014 rept met geen woord over een nader overeengekomen regeling voor nakomende opleverpunten. De architect meldt negen dagen na het moment van oplevering slechts: "*Onderstaand de*

*aanvullende opmerkingen door opdrachtgever*" In het licht van de genoemde omstandigheden is dat onvoldoende. Om die reden staat de oplevering op 15 april 2014 en daarbij door de architect als vertegenwoordiger van [appellanten] c.s. samen met C&T Bouw geconstateerde vijftien gebreken die zijn opgesomd in de brief van de architect van 24 april 2014 in de weg aan het standpunt dat C&T Bouw ook daarna door [appellanten] c.s. nog genoemde opleveringspunten (de punten 18 tot en met 23 in de genoemde brief) zou moeten herstellen. Dat geldt zowel voor de zichtbare bezwaren die [appellanten] c.s. noemen ten aanzien van het kitwerk als voor de afwerking van de plinten. Zelfs als, besloten in de aanneemsom, deze werkzaamheden zijn overeengekomen, staat artikel 7:758 lid 3 BW in de weg aan de vorderingen van [appellanten] c.s. op dit punt. Om die reden falen de grieven 3 tot en met 7.

*Grief 8, 9b, 10 en 11 (tocht door het kieren van buitendeuren en klapramen)*

#### **6.11.**

In grief 8 maken [appellanten] c.s. bezwaar tegen rechtsoverweging 2.4 van het vonnis van 15 februari 2017, waarin de rechtbank overweegt dat [appellanten] c.s. ten onrechte aan C&T Bouw geen gelegenheid hebben geboden de gestelde tochtproblemen door kieren bij de buitendeuren en klapramen in de keuken, de eetkamer en de studeerkamer te verhelpen. Grief 9b is gericht tegen overwegingen 2.10 van hetzelfde vonnis. Daarin overweegt de rechtbank dat bij de beantwoording van de vraag of de woning voldoet aan het geldende bouwbesluit geen rekening moet worden gehouden met tocht als gevolg van de kieren bij de genoemde buitendeuren en klapramen. Dit omdat het eventuele bestaan daarvan is toe te rekenen aan [appellanten] c.s., die B&T Bouw niet hebben toegelaten tot herstel.

#### **6.12.**

Het betoog van [appellanten] c.s. komt erop neer zij C&T Bouw meerdere malen gelegenheid tot herstel hebben geboden, maar dat C&T Bouw daarvan geen gebruik heeft gemaakt. Daarop voortbouwend stellen [appellanten] c.s. in een niet steeds goed te volgen betoog dat geen aanvullend onderzoek door een deskundige had mogen plaatsvinden, omdat de kieren bij deuren en klapramen zijn te wijten aan C&T Bouw, terwijl toerekening van de tocht als gevolg van kieren *'nimmer kan leiden tot het alsnog voldoen aan het toen geldende bouwbesluit'*. De toelichting op de grieven 10 en 11 bouwt daarop voort met een herhaling van standpunten en verwijzing naar de grieven 8 en 9b.

#### **6.13.**

In de hier besproken grieven gaan [appellanten] c.s. uit van het bestaan van de gestelde tochtproblemen en koudebruggen. De juistheid van dat standpunt vormt niet zo zeer de inzet van deze grieven. [appellanten] c.s. spitsen hun betoog daarin toe op de toerekenbaarheid van die gebreken. Het hof zal bij zijn beoordeling aansluiten bij die insteek en overweegt daartoe het volgende.

#### **6.14.**

Vast staat dat de woning op 15 april 2014 is opgeleverd, zonder dat over deze tochtklachten is gerept. Pas op 20 november 2014 hebben [appellanten] c.s. de klachten erover bij C&T Bouw aan de orde gesteld (zie onder 3.10). Meer gespecificeerd en verwijzend naar de buitendeuren en klapramen zijn deze klachten in een brief van 2 februari 2015 bij C&T Bouw onder de aandacht gebracht. In die brief is aan C&T Bouw een termijn van twee weken gegeven tot herstel van de tochtkieren. Op 2 maart 2015 heeft C&T Bouw aan [appellanten] c.s. over de tochtproblemen geschreven dat de woning voldoet aan de daaraan te stellen vereisten. Ten aanzien van de tochtklachten waarom het hier gaat, schrijft C&T Bouw het volgende:

*"Buitendeuren keuken en eetkamer: De buiten deuren werken (krimpen en uitzetten). Dit zijn namelijk onbehandelde deuren die dus gevoelig zijn voor vocht en temperaturen. Graag willen wijzelf even controleren of de deuren te klein zijn. Als dat het geval is, zetten wij er zelf en op onze kosten twee nieuwe deuren in.*

*Klapramen studeerkamer en eetkamer: De twee klappaampjes hebben geen raamhout en kunnen nagesteld worden. Dit willen wij graag zelf doen en als dit niet de tocht tegenhoudt dan vervangen wij de klappaampjes zelf en op onze kosten."*

Op 31 maart 2015 hebben [appellanten] c.s. bij monde van zijn advocaat de overeenkomst vervolgens (partieel) ontbonden.

#### **6.15.**

De discussie over tochtproblemen heeft zich ook daarna voortgezet, waarbij in opdracht van [appellanten] c.s. onder meer onderzoek door een deskundige is verricht. In opdracht van C&T Bouw heeft een andere deskundige onderzoek gedaan. In de afzonderlijke deskundigenrapporten wordt tot tegengestelde conclusies gekomen voor wat betreft het bestaan van gebreken die hebben geleid tot de gestelde tochtproblemen.

#### **6.16.**

Het voorgaande komt erop neer dat partijen er van mening over verschilden of sprake was van een gebrek dat door C&T Bouw moest worden hersteld. Het standpunt dat C&T Bouw daarbij onwillig is geweest de tochtproblemen te controleren en zo nodig op eigen kosten te herstellen, is zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, niet verenigbaar met de brief van



C&T Bouw van 2 maart 2015 en het vervolgens (herhaalde) aanbod dat zij op 30 januari 2017 ter zitting bij de rechtbank heeft gedaan. Volgens het proces-verbaal heeft de heer [geïntimeerde2] namens C&T Bouw daar immers meegedeeld: "C&T Bouw is bereid om de deuren en kozijnen te controleren en zo nodig om deze aan te passen."

#### 6.17.

Dat [appellanten] c.s. op dat aanbod niet zijn ingegaan, komt voor hun rekening. De enkele en niet nader onderbouwde stelling dat zij geen vertrouwen meer hebben in C&T Bouw, is onvoldoende voor een andersluidend oordeel. Ook hun stelling dat zij de overeenkomst hebben ontbonden, is daartoe onvoldoende. Op die ontbinding werd immers pas een beroep gedaan een maand nadat door C&T Bouw werd aangeboden de kierende ramen en deuren te herstellen of zo nodig te vervangen. De rechtbank heeft op goede gronden overwogen dat [appellanten] c.s. ten onrechte geen gelegenheid hebben geboden tot herstel. De grieven 9, 9b, 10 en 11 stranden op die constatering.

#### 6.18.

*De grieven 9a en 14 (het (niet) terugkomen op een bindende eindbeslissing)* betreffen bezwaren van [appellanten] c.s. tegen de procesgang in eerste aanleg. Meer in het bijzonder de omstandigheid dat de rechtbank niet heeft willen terugkomen op een bindende eindbeslissing in een eerder tussenvonnis in deze zaak.

#### 6.19.

Zelfs al zou dit bezwaar in hoger beroep terecht worden opgeworpen, dan nog kan dat, gezien de herkansingsfunctie van het hoger beroep, geen zelfstandige grond voor vernietiging van het bestreden vonnis opleveren. [appellanten] c.s. kunnen, zoals zij ook hebben gedaan, hun standpunten voor het eerst of bij herhaling in hoger beroep bepleiten. Ook de hier bedoelde bindende eindbeslissingen door de rechtbank kunnen zij ter discussie stellen. Of de rechtbank ten onrechte niet is teruggekomen op haar bindende eindbeslissingen, wordt door het hof om die reden in het midden gelaten. [appellanten] c.s. missen dus belang bij een afzonderlijke beoordeling van de grieven 9a en 14.

#### 6.20.

*De grieven 12 en 13 (de benoeming van en vragen te stellen aan de deskundige)* strekken ertoe dat de rechtbank ten onrechte een aanvullend deskundigenbericht heeft bevolen en dat aan die deskundige verkeerde vragen zijn gesteld. Het hof overweegt daarover het volgende.

#### 6.21.

Het is aan de rechter te bepalen of hij behoefte heeft aan een (nadere) voorlichting door een deskundige. Dat neemt niet weg dat een dergelijke beslissing volledig overbodig of zinloos kan zijn, hetgeen dan zou moeten blijken uit de aan de deskundige gestelde vragen. Enige aanwijzing dat daarvan in deze zaak sprake is, wordt door [appellanten] c.s. in hun grieven niet naar voren gebracht en ontbreekt ook voor het overige in deze procedure. Dat voor het standpunt van [appellanten] c.s. steun is te vinden in (de toelichting op) de grieven 8 tot en met 11, volgt niet uit de bij die grieven naar voren gebrachte en door het hof verworpen standpunten van [appellanten] c.s.

#### 6.22.

De grieven 12 en 13 falen bij gebrek aan een deugdelijke onderbouwing.

#### 6.23.

*Grief 15 en de grieven 16 en 17* zijn even kort als ongemotiveerd. Na citaten van de bestreden overwegingen waarin de rechtbank slechts komt tot afrondende conclusies (rechtsoverweging 2.5 tot en met 2.7) betogen [appellanten] c.s. zonder enige toelichting telkens in één zin dat de rechtbank anders had moeten beslissen dan zij heeft gedaan.

#### 6.24.

Kennelijk hebben [appellanten] c.s. met de grieven 15 tot en met 17 ook de conclusies waartoe de rechtbank komt willen weerspreken. Die conclusies steunen echter op de daaraan voorafgaande overwegingen en vloeien daaruit voort. De hier beoordeelde grieven krijgen daarmee het karakter van een veeggrief zonder zelfstandige betekenis. Uit de verwerping van de bezwaren tegen de voorafgaande overwegingen, volgt dat ook de grieven 15 tot en met 17 falen.

#### 6.25.

*De grieven 18 tot en met 21* zijn gericht tegen de proceskostenveroordelingen, het verband tussen de vorderingen in conventie en reconventie, alsmede het dictum als zodanig.

#### 6.26.

Uit de toelichting op deze grieven volgt dat [appellanten] c.s. daarin aan de orde willen stellen dat, nu hun inhoudelijke standpunten alsnog dienen te slagen, zij ook voor wat betreft de kostenveroordeling, het dictum en de toewijzing van de reconventionele vordering in het gelijk dienen te worden gesteld. Deze grieven missen zelfstandige betekenis. Nu het hof, anders dan [appellanten] c.s. bepleiten, heeft geoordeeld dat hun inhoudelijke standpunten dienen te worden verworpen falen ook de grieven 18 tot en met 21.

## 7. Conclusie

Nu alle grieven falen, zal het hof de vonnissen waarvan hoger beroep bekrachtigen. [appellanten] c.s. zullen als de in het ongelijk te stellen partijen worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep, voor zover gevallen aan de zijde van C&T Bouw (3 punten x tarief IV (€ 2.031,- per punt)).

## 8. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt de door de Rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen, op 28 september 2016, 15 februari 2017, 19 april 2017, 11 april 2018 en 26 september 2018 tussen partijen gewezen vonnissen;

veroordeelt [appellanten] c.s. in de kosten van het hoger beroep, voor zover gevallen aan de zijde van C&T Bouw vastgesteld op € 2020,- voor griffierecht en € 6.093,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt [appellanten] c.s. in de nakosten, begroot op € 131,-, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 68,- in geval [appellanten] c.s. niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak hebben voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;

verklaart dit arrest uitvoerbaar voor wat betreft de veroordeling in de proceskosten.

## Noot

Auteur: R. Smith<sup>[1]</sup>

## Noot

### 1.

Per 1 juli 2022 zal naar verwachting de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) in werking treden.<sup>[2]</sup> Naast aanpassingen in de publiekrechtelijke wetgeving leidt de inwerkingtreding van de Wkb tot aanpassingen van bepalingen in boek 7 titel 12 BW. Een opvallende aanpassing is de toevoeging van art. 7:758 lid 4 BW.

## Wettelijke regeling oplevering

### 2.

Hoe zit het ook al weer? Met de inwerkingtreding van boek 7 titel 12 BW over aanneming van werk in 2003 is een regeling opgenomen over de gevolgen van de oplevering. Die regeling is enigszins vergelijkbaar met, toen nog, de UAV 1989. Volgens de UAV is de aannemer na oplevering niet meer aansprakelijk voor gebreken aan de bouw, behoudens voor die gebreken die de opdrachtgever, ondanks nauwlettend toezicht, ten tijde van de bouw en oplevering niet had gezien of niet had kunnen zien. De wettelijke regeling is net anders, mede omdat boek 7 titel 12 BW niet alleen gaat over de bouw maar over alle werken van stoffelijke aard. Op grond van art. 7:758 lid 3 BW is de aannemer ontslagen van aansprakelijkheid voor gebreken die de opdrachtgever op het tijdstip van oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken; in de wettelijke regeling is het toezicht tijdens de bouw niet relevant (en dat is anders dan in de UAV).

### 3.

De ratio van deze regeling is duidelijk. Als de aannemer het pand heeft verlaten, het in de macht van de opdrachtgever heeft gebracht, is hij niet meer aansprakelijk. Stel, de aannemer heeft op enig moment de woning opgeleverd. De verhuizers staan al te springen om de tafels, kasten en andere meubels naar binnen te dragen. Als de opdrachtgever zich een maand later meldt met klachten over krassen op deuren en butsen in stucwerk, dan moet de aannemer ter afwering van zijn aansprakelijkheid kunnen verwijzen naar het proces-verbaal van oplevering. Als de opdrachtgever deze schade niet heeft gemeld tijdens de oplevering, dan is de aannemer niet aansprakelijk. Dan kan het zo zijn dat de schade is veroorzaakt door nevenaannemers, verhuizers of is ontstaan door eigen gebruik. Het is redelijk dat de aannemer voor dergelijke schade niet aansprakelijk is.

4.

De aannemer is dus alleen aansprakelijk voor schade genoemd ten tijde van de oplevering en voor zogenoemde verborgen gebreken: gebreken die ten tijde van de oplevering niet zichtbaar waren en die de aannemer redelijkerwijs niet heeft kunnen zien.

5.

Prof. M.A.M.C. van den Berg heeft in 1992 in zijn inaugurele rede<sup>[3]</sup> ter gelegenheid van zijn benoeming tot hoogleraar aan, toen nog, de Katholieke Universiteit Brabant gewezen op de negatieve gevolgen van het uitgangspunt dat de aannemer na oplevering in beginsel niet meer aansprakelijk is. Deze regeling kan als consequentie hebben dat de aannemer zich kan exonereren voor werk dat niet voldoet aan de eisen van goed en deugdelijk werk. Als de opdrachtgever/toezichthouder tijdens de uitvoering het slechte werk heeft gezien of had kunnen zien maar de aannemer daar niet op heeft gewezen, dan is de aannemer ten tijde van de oplevering niet meer aansprakelijk. Dat is niet wenselijk.

### **Geen aansprakelijkheid ondanks gebrekkig werk**

6.

Dat de aannemer aansprakelijkheid voor gebrekkig werk kan afwenden door verwijzing naar gebrekkig toezicht tijdens de bouw door de opdrachtgever/directie of door impliciete accordering ten tijde van de oplevering, is meermalen in rechtspraak bevestigd.<sup>[4]</sup>

7.

Dat heeft geleid tot een aantal op het oog onredelijke vonnissen. Zo heeft de Raad van Arbitrage geoordeeld<sup>[5]</sup> dat de aannemer in de volgende kwestie zich kon beroepen op het gegeven dat haar aansprakelijkheid na oplevering is vervallen. De aannemer had het ontwerp van de gevel gemaakt en daar ankers voorzien. Uiteindelijk heeft de aannemer deze ankers niet op juiste wijze aangebracht: na oplevering waren de ankerstangen geknapt en de daarmee verbonden damwanden bezweken. De opdrachtgever heeft vervolgens de aannemer zonder succes aangesproken. "Arbiters zijn dan ook van oordeel dat de directie het aanbrengen van de ankers niet kan zijn ontgaan." De directie had de wijze van aanbrengen van de ankers kunnen zien, heeft ten tijde van de bouw niet gecontroleerd en zich niet bij de aannemer gemeld zodat de opdrachtgever de aannemer daar niet meer op aanspreken. De aannemer is niet meer aansprakelijk. Dat de werkzaamheden verricht door de aannemer niet aan de eisen van goed en deugdelijk werk voldeden stond niet ter discussie. Het voelt onredelijk dat de verantwoordelijkheid voor dit gebrek bij de opdrachtgever ligt en niet bij de bouwende partij(en).

### **Wkb**

8.

De wetgever heeft gemeend de opdrachtgever daarin te beschermen. In eerste instantie nog door middel van een dwingendrechtelijke bepaling, maar na marktconsultatie is die regeling wat aanpast. Met de invoering van de Wkb wordt de regeling over de gevolgen van de oplevering anders. Aan art. 7:758 wordt lid 4 toegevoegd:

"In afwijking van het derde lid, is bij aanneming van bouwwerken de aannemer aansprakelijk voor gebreken die bij de oplevering van het werk niet zijn ontdekt, tenzij deze gebreken niet aan de aannemer zijn toe te rekenen. Van dit lid kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, voor zover de opdrachtgever een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In andere gevallen kan van dit lid alleen ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen."

Onder de nu nog bestaande wet is het aan de opdrachtgever om aan te tonen dat een gebrek aan de aannemer is te wijten. Na invoering van de Wkb is het aan de aannemer om aan te tonen dat schade niet door hem is veroorzaakt. De bewijslast ten aanzien van de verantwoordelijkheid van na oplevering geconstateerde schade, ligt dan bij de aannemer.

9.

Diverse in de bouw werkzame partijen waren allerm minst gelukkig met deze wetswijziging. Vooral Bouwend Nederland was als belangenbehartiger van de aannemerij mordicus tegen deze wetswijziging.<sup>[6]</sup> Inmiddels zullen aannemers zich toch moeten voorbereiden op de nieuwe realiteit. Het overgangsrecht behorende bij deze wetswijziging bepaalt overigens dat deze regeling ingaat voor overeenkomsten die worden aangegaan na 1 januari 2022. Voor opleveringen van werken gerealiseerd op basis van overeenkomsten gesloten vóór 1 januari 2021 geldt de huidige wettelijke regeling.

### **Arrest Hof**

10.

Wat zullen de gevolgen zijn van de wetswijziging? Dat zal door rechtspraak moeten blijken, maar bouwjuristen zullen

vonnissen over oplevergebreken niet kunnen lezen zonder zich af te vragen of de uitkomst onder de toekomstige wet wezenlijk anders zal zijn. Het hiervoor opgenomen arrest geeft niet echt blijk van een strak gevoerde procedure (6.12. “Daarop voortbouwend stellen (appellanten) c.s. in een niet goed te volgen betoog...”). Uit het arrest volgen geen overwegingen of rechtsregels die een ander licht geven op het bouwrecht in het algemeen en de juridische problematiek omtrent de gevolgen van oplevering in het bijzonder. Het arrest geeft wel de mogelijkheid om in te schatten wat de gevolgen van de invoering van de Wkb voor het bouwen zullen zijn. Daarvoor zullen de feiten die hebben geleid tot dit arrest worden omgezet naar een fictieve casus.

#### 11.

Eerst de feiten die hebben geleid tot dit arrest. Opdrachtgevers hebben aan aannemer opgedragen om een woning met garage te realiseren. Na afronding van de bouwwerkzaamheden hebben de opdrachtgevers een bedrag van ongeveer negenduizend Euro onbetaald gelaten omdat zij nog aanspraak maken op herstel van (oplever- en verborgen) gebreken. De aannemer betwist tot herstel gehouden te zijn.

### Gestelde gebreken

#### 12.

Opdrachtgever heeft gebreken gefaseerd aan de aannemer doorgegeven.

Ten eerste. Tijdens de oplevering van 15 april 2014 was namens opdrachtgevers de architect aanwezig. De architect en de aannemer hebben vijftien opleverpunten besproken, die zijn opgenomen op het proces-verbaal van oplevering opgesteld van 24 april 2014.

Ten tweede. Op het proces-verbaal van 24 april 2014 zijn in totaal nog acht aanvullende punten opgenomen, waaronder het netter aanbrengen van kit en het verwijderen van pur.

Ten derde. De opdrachtgevers hebben in augustus 2014 tocht geconstateerd. Zij hebben een deskundige een inspectie laten verrichten en het daaruit volgende onderzoeksrapport op 20 oktober 2014 naar de aannemer gestuurd.

Ten vierde. Op 2 februari 2015 hebben de opdrachtgevers de aannemer opnieuw aangeschreven, nu onder meer tot het herstel van stucwerk in de hoeken bij de ramen op alle kamers op de eerste etage.

### Huidige en toekomstige wetgeving

#### 13.

Hoe nu tegen deze gebreken aan te kijken, in het licht van de huidige en nieuwe wetgeving.

#### 14.

De eerste categorie: gebreken genoemd ten tijde van de oplevering zijn voor rekening van de aannemer, mits deze voortvloeien uit een aan de aannemer toe te rekenen tekortkoming. Dat was onder de huidige wet zo en dat zal onder de toekomstige wet eveneens het geval zijn.

#### 15.

De tweede categorie: gebreken genoemd een week na oplevering. Normaal gesproken is de aannemer na oplevering niet meer aansprakelijk. Dat is onder de huidige wet; onder de nieuwe wet is het moment van oplevering niet meer de hakbijl die het is geweest. De ervaring leert overigens dat onder de huidige wetgeving de meeste aannemers dergelijke punten wel oppakken, al is het maar om de betaling van de laatste 5% van de koopsom<sup>17</sup> binnen te halen.

#### 16.

Wat hier nog meespeelt, is dat de opdrachtgever niet bij de oplevering aanwezig was. De Raad van Arbitrage heeft diverse uitspraken het licht doen zien, waarin zij de opdrachtgever niet per definitie gebonden achten aan de oplevering indien namens de opdrachtgever een deskundige aanwezig was, zeker als die opdrachtgever een consument is.<sup>18</sup>

#### 17.

De derde categorie: de tochtproblemen. In de kwestie die heeft geleid tot het arrest heeft de aannemer meermalen herstel toegezegd maar heeft de opdrachtgever dat herstel geweigerd. Het hof is te volgen in het oordeel dat de aannemer dan niet in verzuim is dus niet aansprakelijk. Voor het artikel is het toch nuttig om te bezien of tocht, vier maanden na oplevering, onder huidige en toekomstige wetgeving tot toewijzing zou kunnen leiden.

#### 18.

De vraag of de aannemer nog aansprakelijk kan zijn uit hoofde van de tocht blijft daardoor onbeantwoord, al overweegt het hof uitdrukkelijk dat de opdrachtgever de tocht ten tijde van de oplevering niet heeft benoemd als opleverpunt. In het algemeen geldt dat tocht een gebrek is dat pas in het gebruik wordt geconstateerd. Uitzonderingen daargelaten, zal de

opdrachtgever normaal gesproken de aannemer kunnen aanspreken tot herstel van het gebrek dat tot de tocht leidt. Dat is onder de huidige wetgeving het geval en zal onder de toekomstige wetgeving niet anders zijn, is de inschatting. Daarnaast kennen veel standaardvoorwaarden een onderhoudstermijn die partijen vervolgens vaststellen op zes maanden, waarbinnen dergelijke gebreken zonder meer gemeld kunnen worden. De opdrachtgever is dan wel verplicht om tijdig te klagen over het gebrek.<sup>[9]</sup> Aan de opdrachtgever zal niet worden tegengeworpen dat deze eerst nog onderzoek doet naar de aard en oorzaak van het gebrek,<sup>[10]</sup> zeker niet nu de aard van het gebrek niet lijkt te ontstaan door het gebruik van het pand maar door de wijze van uitvoering. De wetsaanpassing zal de positie van de opdrachtgever niet (wezenlijk) versterken, is de inschatting.

#### 19.

Ten slotte de vierde categorie: het herstel van de hoeken van het stucwerk. Deze klacht is ingediend op 2 februari 2015 terwijl het pand al was opgeleverd in april 2014. Het hof heeft deze vordering afgewezen onder verwijzing naar art. 7:758 lid 3 BW: de bepaling dat de aannemer na oplevering niet meer aansprakelijk is. Gelet op de huidige wetsbepaling is dit oordeel volstrekt logisch.

#### 20.

Hoe zou deze kwestie uitpakken bij toekomstige wetgeving? Art. 7:758 lid 3 BW zal de aannemer niet redden: de aannemer zal na oplevering nog steeds aansprakelijk kunnen zijn. Bestaat dan het risico dat de opdrachtgever de aannemer voor schade ontstaan in het gebruik aansprakelijk kan houden? Het was ten tijde van de marktconsultatie voorafgaand aan de parlementaire behandeling van de Wkb de grote vrees van diverse partijen die de bouw een warm hart toedragen.<sup>[11]</sup> Wat in de praktijk zal moeten blijken, is wat de verplichting van partijen ten tijde van de oplevering en de fase nadien zal worden.<sup>[12]</sup> Wat zal het gewicht zijn van het proces-verbaal van oplevering? Als die zeer nauwkeurig is, is de kans groter dat een eventueel nadien genoemd gebrek niet tot aansprakelijkheid zal leiden. Moet de opdrachtgever zich ten tijde van de oplevering actief opstellen? Dat zijn nog zaken die in de toekomst uitgekristalliseerd moeten worden.

#### 21.

Voor de kwestie beslecht in dit arrest zal toekomstige wetgeving niet tot een andere oplossing leiden. Een opdrachtgever is immers gehouden om tijdig te klagen voor een gebrek in de prestatie. Wat tijdig is, dient te worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval.<sup>[13]</sup> Daarbij is onder meer relevant of de belangen van de contractspartij zijn geschaad bij een te late klacht. Daarvan zal zeker sprake zijn: de kwaliteit van het stucwerk is ten tijde van de oplevering of vlak daarna beoordeeld. Het risico op schade door het gebruik gedurende een jaar is levensgroot: van de aannemer kan ook onder toekomstige wetgeving niet worden verwacht dat hij dergelijke verantwoordelijkheid oppakt.

### Conclusie

#### 22.

De Wkb heeft als doel om de positie van de opdrachtgever en dan vooral de consument te versterken. Het is de vraag of de toevoeging van art. 7:758 lid 4 BW bij woningbouw zoveel zal bieden. Het lijkt er op dat de mogelijkheid om de laatste 5% van de aanneemsom onbetaald te laten in afwachting van het oplossen van de opleverpunten een grotere invloed heeft. Dat geeft immers de opdrachtgever een concreet instrument in handen. De wettelijke verplichting van de opdrachtgever om de aannemer tijdig in kennis te stellen van gebreken, zal, zo is de inschatting, voor consumenten een belemmering zijn om onder de Wkb de aannemer aan te spreken voor gebreken aan een woning die ruimschoots voordien al is opgeleverd.

#### Voetnoten

##### [1]

Remco Smith is advocaat bij Fundament Advocatuur BV Rotterdam.

##### [2]

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/bouwregelgeving/meer-toezicht-in-de-bouw-via-de-wet-kwaliteitsborging-voor-het-bouwen-wkb>.

##### [3]

Prof. mr. M.A.M.C. van den Berg, *Ondanks Nauwlettend Toezicht*, Kluwer 1993.

##### [4]

Voor het jurisprudentieoverzicht: Van Wijngaarden & Chao-Duivis, *Bouw- en aanbestedingsrecht deel 2*, negende druk, p. 39 e.v.

##### [5]

RvA 17 augustus 2005, nr. 25.804/25.955, *BR* 2006, p. 55.

##### [6]

Brief van 4 augustus 2014 Bouwend Nederland aan Ministerie van BZK,  
<https://www.internetconsultatie.nl/wetkwaliteitsborgingvoorhetbouwen/reactie/b120e3e0-c747-4d0a-87e3-8a049d4ed0a7>.

[\[7\]](#)

Art. 7:769 BW.

[\[8\]](#)

RvA 30 mei 2006, nr. 27.704, *TBR* 2007, p. 55, RvA 2 juni 2006, nr. 27.456, *TBR* 2007, p. 50, RvA 7 december 2006, nr. 28.459.

[\[9\]](#)

Art. 6:89 BW, par. 12 lid 2 UAV 2012.

[\[10\]](#)

RvA 2 februari 2012, nr. 32.569.

[\[11\]](#)

W.M.J.M. Heijltjes, Bouwkwiteit moet uit het ontwerp komen, *TBR* 2015/21.

[\[12\]](#)

E.M. Bruggeman, De privaatrechtelijke aspecten het wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het Bouwen (Deel II).Aansprakelijkheid na oplevering (art. 7:758 BW), *TBR* 2016/92.

[\[13\]](#)

HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991.